

Prof. Dr. Peter Forstmoser, Rechtsanwalt, Zürich
 Dr. Gaudenz G. Zindel, Rechtsanwalt, Zürich

Sacheinlagefähigkeit von Transferwerten im Berufssport

Neuausrichtung der Sacheinlagekriterien

Inhaltsübersicht

- | | |
|---|--|
| I. Ausgangslage | V. Abgrenzung zu weiteren immateriellen Werten |
| II. Die herkömmlichen Sacheinlagekriterien | VI. EU-rechtliche Komponenten |
| III. Aktueller Nutzen für die Gesellschaft und Verwertbarkeit | VII. Bilanzmässige Behandlung |
| IV. Rechtliche Erfassung des Vertragsmodells | VIII. Ergebnisse |

I. Ausgangslage

1. Gründung von Aktiengesellschaften im Berufssport

In jüngerer Zeit zeigt sich insbesondere im Bereich des Berufsfussballs die Tendenz, Sportbetriebe in *Aktiengesellschaften* einzubringen¹. Dabei stellt sich die Frage, ob die Transferwerte von Berufsspielern bei der Gründung der Aktiengesellschaften *sacheinlagefähig* sind.

2. Von den klassischen Transferzahlungen zu den Auskaufsummen

- a) Bis vor einigen Jahren leistete ein Verein, der einen Berufsspieler von einem anderen Verein übernehmen wollte, für den Wechsel des Spielers eine *Transferzahlung*. Rechtsgrundlage für die Zahlung einer solchen Transfersumme war das *Verbandsrecht*. Der Zahlung einer Transfersumme lag zwar eine vertragliche Transfervereinbarung zugrunde, die Verpflichtung des neuen Vereins zur Zahlung war jedoch im Satzungsrecht der Verbände begründet². Mit dem bekannten Bosman-Urteil des Europäischen Gerichtshofes von 1995 hat sich das klassische System der Transferzahlungen international und na-

¹ Beispiele schweizerischer *Fussballunternehmen* sind die Grasshopper Fussball AG (daneben die Grasshopper Fussball Betriebs AG), die Fussballclub Luzern AG, die Aktiengesellschaft BSC Young Boys und die Neuchâtel Xamax S.A. Alle *Eishockeybetriebe* der Nationalligen A und B mussten auf Ende 2000 in Aktiengesellschaften umgewandelt werden.

Die Umwandlung von Klubs in Aktiengesellschaften als einheitliche und einzige Unternehmensform für die gesamte Liga verlief ohne Nebengeräusche (Neue Zürcher Zeitung vom 7.9.2000, S. 54).

² Siehe z.B. Reglement der FIFA betreffend Status und Transfers von Spielern, Oktober 1997, Art. 14 Abs. 1.

tional *grundlegend gewandelt*³. Auf der internationalen Ebene hat die FIFA im Jahre 1996 ihr Reglement betreffend Status und Transfers von Spielern geändert. Nach der neuen Ordnung sind bei Spielertransfers keine Transfersummen geschuldet, wenn ein Staatsbürger der EU oder des EWR nach regulärem Ablauf seines Vertrages innerhalb des EU/EWR-Raumes den Verein wechselt. Im Jahre 1997 wurde diese Bestimmung auf Nicht-EU/EWR-Bürger ausgeweitet⁴.

Auch in der Schweiz wurden die verbandsrechtlichen Bestimmungen infolge des Bosman-Urteils geändert. Im Jahre 1995 hat die Generalversammlung der *Nationalliga* des Schweizerischen Fussball-Verbandes (SFV) beschlossen, das geltende Transfersystem für innerstaatliche Vereinswechsel innerhalb von drei Spielsaisons abzuschaffen⁵. Von einer sofortigen Abschaffung der Transfersummen wurde mit Rücksicht auf Vereine, die Transferwerte als Sicherungsmittel für Bankkredite abgetreten hatten, abgesehen⁶. Heute kommt einem Schweizer Verein eine klassische Transfersumme nur noch zu, wenn ein Spieler ins Ausland wechselt. Da die Schweiz kein EU-/EWR-Mitgliedstaat ist, kann in diesen Fällen eine Transfersumme weiterhin gefordert werden.

- b) Aufgrund dieser neuen Ausgangslage sind in der Zwischenzeit Fussballklubs im In- und Ausland dazu übergegangen, mit den Spielern *längerfristige Arbeitsverträge auf feste Dauer* abzuschliessen. Mit dieser neueren Praxis wird erreicht, dass die Spieler durch interessierte Klubs aus diesen laufenden Verträgen «ausgekauft» werden müssen. Auf diese Weise lässt sich ein wirtschaftlich ähnliches Ergebnis wie bei den klassischen Transferzahlungen erzielen. Diese *Auskaufsummen* stellen eine Art Inkonvenienzentschädigung dafür dar, dass der bisherige Klub auf die Erfüllung des Vertrages durch den Spieler verzichtet⁷.

Damit ist ein Wechsel vom *Verbandsmodell* (klassische Transferzahlungen) zum *Vertragsmodell* (Zahlung von Vertragsauskaufsummen) erfolgt. Es versteht sich, dass bei diesen längerfristigen befristeten Verträgen die Grenzen der Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 27 ZGB und Art. 20 OR zu beachten sind⁸. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die längerfristige feste

³ Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 15. Dezember 1995, Rechtssache C-415/93 in Sachen Union Royal Belge des Sociétés de Football Association ASBL u.a. gegen Jean-Marc Bosman u.a. Näheres zu diesem Urteil hinten Ziff. VI., bei Anm. 78.

⁴ Reglement der FIFA, Art. 14 Abs. 8. Ein Brasilianer, der in Spanien spielt, kann somit nach Ablauf seines Vertrages ablösefrei nach Italien wechseln. Wechselt er jedoch von einem spanischen zu einem schweizerischen Verein, so kann der spanische Verein weiterhin eine Transfersumme verlangen. Zum Fall Balog (Ungarn) siehe hinten Anm. 82.

⁵ Diese beim Fussballsport eingeleitete Entwicklung dürfte auch auf den Eishockeysport, wo derzeit noch herkömmliche Transferzah-

lungen bei kleinerem Markt erfolgen, und auf weitere Berufssportarten übergreifen.

⁶ SpuRt 3/96, Beilage Schweiz. Die Tatsache, dass die Transferwerte in der Praxis als Sicherungsmittel eingesetzt sind, weist auf deren Werthaltigkeit hin.

⁷ Näheres dazu hinten Ziff. IV., bei Anm. 40.

⁸ Siehe dazu URS SCHERRER: Sportrecht im Spannungsfeld von Spiel und Wirtschaft, SJZ 94, 1998, 289 ff.; CLAIRE HUGUENIN JACOBS: Basler Kommentar, 2. A. 1996, Art. 19/20 N 45. SCHERRER geht davon aus, dass eine über fünfjährige Vertragsbindung (bei einer Gesamtdauer einer Fussballerkarriere von etwa 15 Jahren) mit Art. 27 ZGB nicht zu vereinbaren ist (S. 291). Ein Dreijahresvertrag dürfte dagegen u. E. in der Regel nicht gegen Art 27 ZGB verstossen.

Bindung *beidseitig* ausgestaltet ist und im beidseitigen Interesse erfolgt. Nicht nur der Spieler, sondern auch der Klub ist an die *feste Vertragsdauer* gebunden. Der Spieler hat einen Lohnanspruch für die ganze Dauer des Vertrages, so dass diese neuere Regelung gegenüber dem klassischen Transfersystem für ihn auch Vorteile beinhaltet⁹. Auch setzt die Auslösung des Spielers aus einem laufenden Vertrag aus persönlichkeitsrechtlichen, aber auch aus vertraglichen Gründen sein Einverständnis voraus und liegt häufig gerade auch im Interesse des Spielers, der nach dem Wechsel in der Regel ein höheres Einkommen erzielen kann.

Bei der Beurteilung der Sacheinlagefähigkeit von Transferwerten von Berufsfussballspielern und anderen Berufssportlern ist deshalb im folgenden nicht vom überholten und rechtlich problematischen klassischen Transfersystem¹⁰, sondern vom neueren Vertragsmodell mit der Vereinbarung von Vertragsauskaufsummen auszugehen.

3. Exkurs: Prinzipien der künftigen Transferregeln

Im März 2001 haben sich der internationale Fussballverband FIFA, die europäische Fussballunion UEFA und die EU-Kommission auf eine Anpassung der FIFA-Regeln für den internationalen Transfer von Berufsfussballern an das EU-Recht geeinigt¹¹. Am FIFA-Weltkongress vom 5./6. Juli 2001 ist das EU-kompatible Transferreglement deutlich gutgeheissen worden; es ist am 1. September 2001 in Kraft getreten. Die EU-Kommission hatte in den letzten Monaten den Fussballverbänden vorgehalten, gegen das Kartellverbot von Art. 81 der EU-Verträge zu verstossen und die Freizügigkeit der Spieler in der EU zu behindern. Das System der Vertragsauskaufsummen führe zu einer Wettbewerbsbehinderung, da kleinere Vereine infolge der zum Teil sehr hohen Ausgleichszahlungen kaum mehr Chancen hätten, Spitzenspieler für sich zu gewinnen. Die EU vermutete auch eine Beeinträchtigung der im Binnenmarkt garantierten Freizügigkeit von Arbeitnehmern.

⁹ Für den Klub beinhalten langfristige Verträge das Risiko der Lohnzahlungspflicht bis zum Vertragsende, auch bei schwerwiegenden Verletzungen oder ungenügenden Leistungen des Spielers. Selbst die Festlegung einer hohen Vertragsauskaufsumme dürfte unter diesen Umständen keinen Verstoß gegen Art. 27 ZGB darstellen. Es ist zu berücksichtigen, dass ein Sportler, der einen befristeten Arbeitsvertrag abgeschlossen hat, diesen Vertrag – wie der Klub auch – erfüllen muss. Die Möglichkeit, sich vorzeitig von seinen vertraglichen Pflichten zu lösen, stellt daher für den Sportler eine Erleichterung dar, auf die er keinen Anspruch hat und die an strenge Anforderungen gebunden werden darf, weil die Möglichkeit besteht, die vertraglichen Pflichten weiter zu erfüllen.

¹⁰ Siehe zum Problem der Einschränkung der Berufsfreiheit von Fussballspielern den Entscheid Perroud zum alten Transfersummensystem der Nationalliga (BGE 102 II 211 ff.) sowie das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 27. September 1999 (II ZR 305/98 – OLG Oldenburg) betreffend Verstoß einer verbandsrechtlichen Verpflichtung zur Zahlung einer Ausbildungs- und Förderungsentschädigung gegen § 138 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz. Ferner JEAN-PHILIPPE DUBEY: La libre circulation des sportifs en Europe, Diss. Fribourg 2000, 300 ff., 319 und 531 ff.

¹¹ Grundsätze für die Änderung des FIFA-Reglements betreffend internationale Transfers (datiert 6. März 2001).

Im Laufe der Gespräche zeigte die EU-Kommission Verständnis für die *Besonderheiten des Berufsfussballs*. Insbesondere anerkannte die EU-Kommission, dass *Berufsfussballer nicht gewöhnlichen Arbeitnehmern gleichgestellt* werden können.

Bei den Diskussionen um die *Mindestlaufzeit der Spielerverträge* wurde unter dem Titel Vertragsstabilität folgender Kompromiss gefunden: Verträge müssen für mindestens ein Jahr abgeschlossen werden und dürfen höchstens eine fünfjährige Laufzeit haben¹². Zudem sollen Transfers nur während der zwei Transferperioden und pro Spieler nur einmal jährlich möglich sein. Alle bestehenden Verträge geniessen Bestandesrecht. Im Ergebnis werden damit *auch unter den neuen Prinzipien* bei einem Klubwechsel vor Ablauf eines Spielervertrages *Ablösesummen* vom neuen an den bisherigen Klub bezahlt werden.

Weiterhin vorgesehen sind auch *Ausbildungsentschädigungen*, die der neue Klub beim Abschluss von Profi-Verträgen an die an der Ausbildung des Spielers beteiligten Klubs zahlt¹³.

Dass inskünftig für Ablösesummen und Ausbildungsentschädigungen klare Kriterien zur Anwendung gelangen, dürfte sich auf die Sacheinlagefähigkeit solcher Werte positiv auswirken. Zur Stabilität dürfte auch beitragen, dass Kompensationszahlungen für den Fall vorgesehen sind, dass der Spieler oder der Klub den Vertrag bricht. Zusätzlich fliesst Geld an den bisherigen Klub, wenn ein anderer Klub Spieler aus laufenden Verträgen abwirbt¹⁴.

II. Die herkömmlichen Sacheinlagekriterien

Die Lehre hat zu den Tatbeständen der qualifizierten Gründung und der qualifizierten Kapitalerhöhung Kriterien für die Sacheinlagefähigkeit entwickelt. Gegenstand einer Sacheinlage kann gemäss übereinstimmender Lehrmeinung jedes übertragbare Vermögenobjekt sein, das einen feststellbaren wirtschaftlichen Wert hat und aktivierbar, ferner übertragbar und verwertbar ist und das schliesslich einen Wert für die in Frage stehende Gesellschaft darstellt¹⁵.

Sacheinlagefähigkeit verlangt folglich:

- Bewertbarkeit und Bilanzierungsfähigkeit,
- Übertragbarkeit,

¹² Ziff. 3 der Grundsätze für die Änderung des FIFA-Reglements («Einhalten von Verträgen im Fussball»). Siehe dazu auch die Publikation Börsengänge europäischer Fussballunternehmen, Deloitte & Touche und WGZ-Bank, 2. A. Düsseldorf 2001, 81 ff. («Entwicklung der Ablösesummen»).

¹³ Ziff. 2 der Grundsätze für die Änderung des FIFA-Reglements.

¹⁴ Siehe zur Einigung in der Transferfrage und den Reaktionen darauf u.a. Neue Zürcher Zeitung vom 6. und 7. März 2001, S. 53 und 51.

¹⁵ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL: Schweizerisches Aktienrecht, Zürich 1996, § 15 N 10; PETER BÖCKLI: Schweizer Aktienrecht, 2.A. Zürich 1996, N 69 f.; KARL REBSAMEN: Das Handelsregister, 2.A. Zürich 1999, N 364; CHRISTOPH K. WIDMER: Die Liberierung im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1998, 295 f.; JOSEPH-ALEXANDER BAUMANN: Gegenstand und Bewertung von Sacheinlagen und Sachübernahmen nach Privat- und Steuerrecht, Diss. Zürich 1972, 40.

- Verwertbarkeit und
- einen Wert für die konkrete Gesellschaft.

Zu diesen Kriterien ist Folgendes zu präzisieren:

1. Bewertbarkeit und Bilanzierungsfähigkeit

Eine Sacheinlage muss zunächst bilanzierungsfähig sein, also ein Bilanzaktivum darstellen. Dies setzt voraus, dass ihr wirtschaftlicher Wert bestimmbar und bewertbar ist. Bewertbar ist eine Sacheinlage, wenn ihr ein Geldwert zugeordnet werden kann¹⁶.

2. Übertragbarkeit

Ein Vermögenswert wird von Gesetzes wegen nur dann als Sacheinlage anerkannt, wenn die Gesellschaft sofort über den Wert frei verfügen kann¹⁷. Vorausgesetzt ist damit die Möglichkeit eines Rechtserwerbs durch die Gesellschaft, und dies erfordert die Übertragbarkeit der Sacheinlage an dieselbe.

3. Verwertbarkeit

Die zur Deckung des Aktienkapitals eingebrachten Sacheinlagen müssen bei Bedarf zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger verwertet, also in der Regel in Geld umgewandelt werden können. Verwertbar sind jedenfalls alle Aktiven, für die ein Marktwert besteht.

4. Wert für die Gesellschaft

Damit die Sacheinlage ihre Funktion als wirtschaftlicher Ersatz für eine Bareinlage erfüllen kann, soll sie für die in Frage stehende Gesellschaft einen Wert darstellen. Sie soll einen Beitrag zur künftigen Gewinnerzielung im Unternehmen leisten können. Die Sacheinlage soll den Gesellschaftszweck zumindest mittelbar zu fördern vermögen, für die konkrete Gesellschaft also brauchbar sein¹⁸.

5. Beispiele

Auf der Grundlage dieser Kriterien werden in der Lehre neben Eigentumsrechten an beweglichen Sachen und Grundstücken, obligatorischen Rechten sowie Beteiligungsrechten und Wertschriften auch reine Wirtschaftsgüter «wie nicht patentierte Geheimverfahren, sofern sie sich in einer übertragbaren Form konkretisieren lassen»¹⁹ als Sacheinlage anerkannt, nicht aber Arbeitsleistungen, persönliche Fähigkeiten und zukünftige Rechte oder Forderungen²⁰. Goodwill bzw. Kundschaft gilt für sich allein als nicht einlegbar, wohl aber in Verbindung mit der Einbringung eines Unternehmens oder Unternehmensteils als werterhöhender Bestandteil²¹.

¹⁶ Näheres zur Bilanzierungsfähigkeit hinten Ziff. VII., bei Anm. 95.

¹⁷ OR 634 Ziff. 2 für die Gründung, OR 652c für die Kapitalerhöhung.

¹⁸ Näheres bei WIDMER, 302–308.

¹⁹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 15 N 11.

²⁰ Detaillierte Kasuistik bei WIDMER, 309 f.; PETER FORSTMOSER: Schweizerisches Aktienrecht, Bd. I/1, Zürich 1981, § 10 N 15 ff.;

Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Zürich 1998, Bd. 1, Ziff. 7.15, S. 12; BAUMANN, 46 ff. Zu Recht bejaht wurde kürzlich auch die Sacheinlagefähigkeit der von Sportvereinen abgeschlossenen Sponsorenverträgen (Urteil des BGH vom 15.5.2000, wiedergegeben in AG 10/2000, 475 und ZIP 27/2000, 1162).

²¹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 15 N 13.

III. Aktueller Nutzen für die Gesellschaft und Verwertbarkeit

1. Primäres Element: Aktueller Nutzen für die Gesellschaft

- a) Anhand der angeführten Kriterien ist im Folgenden die Sacheinlagefähigkeit der hier zur Diskussion stehenden Transfer- oder Auskaufswerte von Berufsfussballspielern zu beurteilen. Dabei ist vom *Zweck der Sacheinlagevorschriften* auszugehen: Mit den besonderen Anforderungen an die qualifizierte Gründung oder qualifizierte Kapitalerhöhung will der Gesetzgeber der Gefahr begegnen, dass die Gesellschaft bereits im Gründungsstadium oder bei der Aufbringung des zusätzlichen Haftungssubstrats bei einer Kapitalerhöhung geschwächt wird und so der Schutz der Gläubiger und der Aktionäre beeinträchtigt wird. Sowohl eine Sacheinlage wie eine Sachübernahme weisen im Vergleich zu einer Bareinlage das erhöhte Risiko auf, dass das den Gläubigern als Haftungssubstrat dienende Aktienkapital von Anfang an nicht im geforderten Masse vorhanden ist²².

Auszugehen ist von einem *Vergleich zwischen Bareinlage und Sacheinlage*. Dabei fällt auf, dass der Sacheinlage der Ruf eines zweitrangigen Liberierungs- und Haftungssubstrats anhaftet. In der Literatur wird einer Liberierung durch Sacheinlage häufig mit grosser Skepsis begegnet und die Sacheinlage als «Ausweichen» vor der gewünschten Bareinlage eingestuft. Grund dieser Skepsis sind die Missbrauchsmöglichkeiten und entsprechende Beispiele in der Praxis. Nicht selten wird versucht, Sacheinlagen einzubringen, die entweder nicht werthaltig oder für die Gesellschaft von zweifelhaftem Nutzen (oder beides) sind, indem weniger die Bedürfnisse der Gesellschaft und ihrer Gläubiger als vielmehr jene des Liberierungspflichtigen im Vordergrund stehen. Vor diesem negativen Hintergrund hat die Literatur die erwähnten Kriterien – und ihre Stufenfolge – entwickelt.

- b) Die hier zur Diskussion stehende Sacheinlage der Transfer- oder Auskaufswerte von Berufssportlern, namentlich Fussballspielern, zeigt, dass *das Schwergewicht für die Beurteilung der Sacheinlagefähigkeit anders als gemäss bisher vorherrschender Lehre gelegt werden kann und wohl auch anders gelegt werden sollte*.

Als Grundsatz kann gelten, dass eine Sacheinlage jedenfalls dann als zulässig zu betrachten ist, wenn sie die *Funktionen einer Bareinlage in gleichem oder ähnlichem Masse wie eine solche erfüllt*. Für die Konkretisierung dieses Grundsatzes ist zunächst die Situation im Falle einer Bareinlage näher zu betrachten: Bei einer Bareinlage verwendet der Verwaltungsrat die zur Verfügung der Gesellschaft stehenden Barmittel, um die zur Erreichung des angestrebten Gesellschaftszwecks benötigten Vermögenswerte zu beschaffen. Der Finanzierungsentscheidung folgt hier also die Investitionsentscheidung. Bei einer Sacheinlage werden demgegenüber die Sachwerte direkt eingelegt. Das Ergebnis ist dasselbe, und es besteht kein Anlass, die Sacheinlage deshalb als zweitklassig einzustufen, weil der Erwerb der richtigen und richtig

²² FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 15 N 7.

bewerteten Produktionsfaktoren bei ihr in einem Schritt erfolgt. Werden solche Sacheinlagen in der Höhe ihres Beschaffungswertes auf die Liberierungspflicht angerechnet, «so entspricht das für die Gläubiger relevante Haftungssubstrat im Endeffekt jenem bei der Barliberierung *nach dem Erwerb der von der Unternehmung benötigten Vermögenswerte*»²³.

Eine Sacheinlage ist damit jedenfalls dann im Hinblick auf den Gläubigerschutz einer Bareinlage ebenbürtig, wenn der Verwaltungsrat oder ein mit der Geschäftsführung beauftragter Dritter im Interesse der Gesellschaft (OR 717 I) und damit indirekt auch der Gläubiger mit den eingelegten Barmitteln vernünftigerweise *dieselben oder vergleichbare Vermögenswerte oder Produktionsfaktoren angeschafft hätte*, wie sie die Sacheinlage darstellt.

Dieses Bild zeigt sich bei den hier zu beurteilenden *Transferwerten oder Spielerwerten*: Indem diese Werte als Sacheinlage eingebracht werden – die zugrundeliegende Arbeitsleistung der Fussballspieler selbst kann grundsätzlich nicht eingebracht werden –, werden genau die Vermögenswerte oder «Produktionsfaktoren» eingebracht, welche die Geschäftsleitung einer Fussball-AG über den Weg einer Bareinlage – ohne Verletzung von Geschäftsführungspflichten – ebenfalls hätte erwerben dürfen und zur Erreichung des Gesellschaftszwecks wohl auch hätte erwerben müssen. Man hat es also mit einer Sacheinlage zu tun, die sich eklatant von den erwähnten, problematischen Sacheinlagen unterscheidet, bei denen sachfremde, dem Gesellschaftszweck nicht dienliche Vermögenswerte der Gesellschaft zugeführt werden sollen²⁴.

Hier ist von Bedeutung, dass die Spielerverträge während der ersten drei Jahre (bei Verträgen, die nach dem 28. Lebensjahr des Spielers abgeschlossen werden, während der ersten zwei Jahre) ohne Vorliegen eines triftigen Grundes nicht einseitig aufgelöst werden können²⁵. Für die Klubs bedeutet dies, dass (auch) die Spieler während dieser Zeit durch die Spielerverträge gebunden sind und ihr Einsatz für den Klub damit *gesichert* ist. Zusätzlich werden die Klubs für ihre bis zum 21. Altersjahr der Spieler geleistete Ausbildung gemäss ausdrücklicher neuer Regelung entschädigt²⁶.

- c) Wesentlich ist sodann, dass der Gesetzgeber neben dem Liquidationswert – und gleichwertig zu diesem – auch dem *Fortführungswert* Gläubigerschutzcharakter beimisst, wie der – im Rahmen der Aktienrevision 1991 geänderte – Wortlaut von OR 725 II zeigt. Nach dem neuen Aktienrecht hat der Verwaltungsrat den Richter nur zu benachrichtigen, wenn sich im Falle einer begründeten Besorgnis einer Überschuldung aus der Zwischenbilanz ergibt, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger *weder zu Fortführungswerten*

²³ WIDMER, 300.

²⁴ Erwähnt seien die aus der Praxis stammenden Beispiele der Einlage eines *Segelfliegers* in eine EDV-Beratungsgesellschaft oder einer Sammlung von *Buddhafiguren* bei einem Treuhandunternehmen.

²⁵ Ziff. 3.1 des neuen FIFA-Reglements (Änderung betreffend internationale Transfers).

²⁶ Ziff. 2.1 des neuen FIFA-Reglements (Änderung betreffend internationale Transfers). Auch diese Ausbildungs- und Förderungsbeiträge können von den Klubs gegebenenfalls *aktiviert* werden.

noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind²⁷. Vermag eine Bewertung zu Fortführungswerten den Anforderungen des Gläubigerschutzes bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung zu genügen, so hat dasselbe auch bei der Beurteilung einer Liberierung durch Sacheinlage zu gelten.

Dass die Transferwerte oder Spielerwerte kritisch geprüft, periodisch überprüft und *vorsichtig bewertet* werden sollen, ist selbstverständlich auch hier zu verlangen²⁸, betrifft jedoch nicht deren Sacheinlagefähigkeit. Ebensovienig ist die Sacheinlagefähigkeit dadurch beeinträchtigt, dass ein Spielerwert – beispielsweise zufolge eines schweren Beinbruchs des Spielers – plötzlich massiv sinken kann. Erstens ist dieses Risiko *versicherbar*²⁹, und zweitens besteht das Risiko eines raschen Wertverlustes auch bei anderen Sacheinlagen (etwa bei Patenten, die infolge einer neuen Erfindung wertlos werden können).

Entscheidend ist, dass die einzubringenden Transferwerte oder Spielerwerte für eine Fussball-AG von *aktuellem und direktem Wert und Nutzen* sind, da sie das «Mark» einer solchen Gesellschaft beschlagen. – Aufgrund dieses aktuellen Nutzens für die Gesellschaft ist es zutreffender, von *Spielerwerten* als von Transfer- oder Auskaufswerten zu sprechen. Nachfolgend wird daher der Begriff «Spielerwert» verwendet.

- d) Aufgrund des dargelegten Korrelats zwischen Sacheinlage und Gesellschaftszweck sind die Spielerwerte weitgehend äquivalent zu einer Bareinlage und folglich *sacheinlagefähig*³⁰. Ist der Nutzen der Sacheinlage für die Gesellschaft wie hier ausgewiesen, so kann die Sacheinlagefähigkeit ausschliesslich aufgrund dieses primären Kriteriums bejaht werden. In diesen Fällen muss nicht noch zusätzlich die Verwertbarkeit der Sacheinlage³¹ geprüft werden³².

²⁷ Unter dem Aktienrecht von 1936 waren nur die Veräusserungswerte massgebend, was von der Praxis freilich vielfach ignoriert wurde. Siehe zur Neuerung, auch die Fortführungswerte zu berücksichtigen, HOMBURGER, in: Zürcher Kommentar 1997, Art. 725 N 1232, mit Hinweis auf befürwortende und kritisierende Literatur zum neuen Gesetzeswortlaut.

²⁸ Ausgangs- und Anhaltspunkt – aber nicht mehr – und zugleich Obergrenze für die Bewertung ist die vereinbarte Ablösesumme, allenfalls zuzüglich Ausbildungs- und Förderungsbeiträge, die der neue an den bisherigen Klub gezahlt hat. Zu beachten ist auch, dass sich die Höhe der Ablösesumme und damit des Spielerwertes mit fortwährendem Ablauf des Vertrages (und damit kürzerer Restlaufzeit) vermindert.

²⁹ Es besteht in der Praxis die Möglichkeit, Spieler gegen Verletzungen mit Invaliditätsfolgen zugunsten der Fussball-AG zu versichern, und der Abschluss einer entsprechenden Versicherung dürfte auch zu den Pflichten der geschäftsleitenden Organe einer Fussball-AG gehören.

³⁰ So auch MAX BOEMLE: Unternehmungsfiananzierung, 12. A. Zürich 1998, 251, der die mit Spielerverträgen eines Sportvereins verbundenen Vermögensrechte als «Sacheinlage besonderer Art» bezeichnet (Anwendungsfall der Gründung der SCB Eishockey AG im Frühjahr 1988). – Bei einer Verneinung der Sacheinlagefähigkeit der Spielerwerte würden gute, teure Spieler noch häufiger über Investoren erworben. Dies wäre einer finanziellen Gesundung des Schweizer Fussballs abträglich, da die Klubs von lukrativen Transfers nicht profitieren könnten (siehe als Anwendungsfall den Wechsel von Amoah vom FC St. Gallen zu Sturm Graz, in Neue Zürcher Zeitung vom 10.1.2001, S. 45).

³¹ Die Verwertbarkeit ist aber ihrerseits ebenfalls eine ausreichende Grundlage für die Bejahung der Sacheinlagefähigkeit (siehe sogleich Ziff. 2).

³² Bei der Beurteilung des konkreten Nutzens für die Gesellschaft darf sich der Handelsregisterführer grundsätzlich auf die Angaben der Gesellschaft verlassen (vgl. statt vieler FORST-

Heikler wäre die Beurteilung der Sacheinlagefähigkeit, wenn Spielerwerte als Sacheinlage nicht bei einer Fussball-AG, sondern bei einer Gesellschaft mit anderer Zwecksetzung zur Diskussion stünden. Jedenfalls träte in solchen Fällen das Erfordernis der Verwertbarkeit, auf das im Folgenden einzugehen sein wird, in den Vordergrund.

- e) Aus diesen Überlegungen folgt, dass – jedenfalls bei Sacheinlagen wie der vorliegenden – *primäres Kriterium für die Beurteilung der Sacheinlagefähigkeit nicht die Übertragbarkeit und Verwertbarkeit (ausserhalb des Unternehmens), sondern die Frage nach dem aktuellen Wert und Nutzen für die Gesellschaft (innerhalb des Unternehmens)* ist. Besser als mit einer direkt auf den Gesellschaftszweck ausgerichteten Sacheinlage ist den Gläubigern – vorsichtige Bewertung immer vorausgesetzt – auch mit einer Bareinlage nicht gedient³³.

Fehlt jedoch – anders als im vorliegenden Fall – dieser aktuelle Nutzen, muss auf alle Fälle die Verwertbarkeit der Sacheinlage gegeben sein.

2. Sekundäres Element: Übertragbarkeit und Verwertbarkeit

- a) Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass in den Fällen, in welchen die Sacheinlage im Sinne der vorstehenden Ausführungen einen aktuellen Wert für das Unternehmen darstellt, die Kriterien der Übertragbarkeit und Verwertbarkeit der Sacheinlage in den Hintergrund treten. Die Tatsache, dass gerade diesen Kriterien in der Literatur das Hauptgewicht zugemessen wird, basiert darauf, dass die meisten Autoren sachfremde, für die Zweckerreichung der Gesellschaft weitgehend nutzlose Sacheinlagegegenstände vor Augen haben. Im gleichen Sinne, wie ein Unternehmen Gegenstände primär als Elemente zur Gewinnerzielung und nicht lediglich als Veräusserungs-substrat hält, ist auch eine Sacheinlage, die zusätzlich zu ihrem Veräusserungswert einen aktuellen Nutzen für die Gesellschaft darstellt, aus der Sicht des Gläubigerschutzes höher einzustufen³⁴. Ein Vermögenswert kann deshalb auch dann eine zulässige Sacheinlage bilden, wenn er nur einen geringen Veräusserungswert, dafür aber einen (erheblichen) aktuellen Geschäftswert für die Gesellschaft hat. Im Normalfall gehen die beiden Elemente Hand in Hand.

MOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 16 N 36). Weitere Kontrollelemente neben dem Gründungsbericht bilden die Prüfungsbestätigung des Revisors gemäss OR 635a und die Publizität in den Statuten und im Schweizerischen Handelsamtsblatt (OR 628 I und OR 641 Ziff. 6).

³³ Bekanntlich sind auch der Gesellschaft zur Verfügung gestellte Barmittel aus der Sicht der Gläubiger Risiken ausgesetzt.

³⁴ Vgl. das Beispiel einer «nur gerade für die Y AG brauchbaren, für diese Gesellschaft aber eminent wichtigen Maschine» bei WIDMER, 301. «Wird nun in einem solchen Fall das Erfordernis der Verwertbarkeit einer Sacheinlage

im striktesten Sinne angewandt und kann demnach X maximal im Umfange des gerade erzielbaren Liquidationswertes der Maschine in Aktien abgegolten werden, so dürfte das Geschäft, das dem Interesse beider Parteien und wohl auch jenem der Gläubiger entspricht, zum Scheitern verurteilt sein. Da für die Erfindung ansonsten kein Markt besteht und im Veräusserungsfall nur gerade der Schrottwert gelöst werden könnte, käme die Maschine mangels ausreichender Abfindung als Sacheinlage unsinnigerweise nicht in Frage» (WIDMER, 301).

Angesichts der Funktion als Haftungssubstrat und als Äquivalent für eine Bareinlage kommt dem Kriterium der Verwertbarkeit bei einer Sacheinlage allerdings dann massgebliche Bedeutung zu, wenn die Sacheinlage der Gesellschaft ausnahmsweise lediglich als veräusserbarer Vermögenswert, nicht aber als Geschäftswert dient. Da für die Spielerwerte – wie noch zu zeigen sein wird³⁵ – ein Markt besteht, sind im vorliegenden Fall neben dem primären Kriterium des aktuellen Wertes für die Gesellschaft und der Äquivalenz zur Bareinlage *auch die weiteren Kriterien der Übertragbarkeit und Verwertbarkeit gegeben*³⁶, so dass ihre Sacheinlagefähigkeit auch aus diesem Grund zu bejahen ist.

- b) Konsequenz aus diesem Verhältnis zwischen Geschäftswert und Veräusserungswert ist, dass *die herkömmliche Gewichtung der Kriterien für die Beurteilung der Sacheinlagefähigkeit zu überdenken* ist. An erster Stelle ist der Wert und Nutzen einer Sacheinlage für das Unternehmen und für die Erreichung des konkreten Gesellschaftszwecks zu beurteilen. Erst in zweiter Linie sind die weiteren Kriterien der Übertragbarkeit und Verwertbarkeit zu prüfen³⁷.

Jedes dieser beiden Kriterien – aktueller Nutzen für die Gesellschaft einerseits und Verwertbarkeit der Sacheinlage andererseits – reicht grundsätzlich für sich allein für die Bejahung der Sacheinlagefähigkeit aus, sofern das eine oder das andere Kriterium klar gegeben ist. In Konstellationen wie der vorliegenden, bei denen *beide Elemente erfüllt* sind – Nutzen für die Gesellschaft wie auch Verwertbarkeit – kann die *Sacheinlagefähigkeit um so eher bejaht* werden.

IV. Rechtliche Erfassung des Vertragsmodells

Im Folgenden ist zu prüfen, welches die Rechtsgrundlage für die Aktivierung von Spielerwerten ist (nachfolgend 1.), ob es sich um mehr als blossе Anwartschaften handelt (nachfolgend 2.), ob sie auch im Konkursfall einen Wert darstellen (nachfolgend 3.) und – im Sinne eines Exkurses – welches die Situation im Falle eines Betriebsübergangs ist (nachfolgend 4.).

1. Rechtsgrundlage der Spielerwerte

Wie ausgeführt³⁸ hat sich das rechtliche Umfeld der Transferzahlungen im Zuge des Bosman-Urteils des Europäischen Gerichtshofes grundlegend gewandelt. Bei den herkömmlichen Transferzahlungen war der Anspruch auf Entschädigung des bisherigen Klubs im Falle eines Spielerwechsels im Verbandsrecht begründet und

³⁵ Siehe dazu hinten bei Anm. 43 und 73.

³⁶ Siehe auch die Anwendungsbeispiele für Transferwerte als *Sicherstellung* bei KURT STÖCKLI: Aktuelle Probleme bei der Sanierung von Sportvereinen, Insolvenz- und Wirtschaftsrecht 4/2000, 170 f.

³⁷ In dieser Reihenfolge finden sich die Kriterien – im Gegensatz zur neueren Literatur – bei BAUMANN 1972, 40 ff.

³⁸ Vorn Ziff. I./2. bei Anm. 3.

in seiner Entstehung vom Vertrag zwischen dem bisherigen Klub und dem Spieler weitgehend unabhängig. Rechtsgrundlage der heute üblichen Auskaufsummen ist dagegen der meist *längerfristige und auf feste Dauer abgeschlossene Vertrag* zwischen dem bisherigen Klub und dem Spieler. Rechtlich ist es der Spieler, wirtschaftlich und tatsächlich ein an diesem Spieler interessierter neuer Klub, also ein *Dritter*, der dem bisherigen Klub die Auskaufsumme zahlt. Rechtstechnisch ist die Auskaufsumme die *Gegenleistung dafür, dass der bisherige Klub gegenüber seinem Spieler als Vertragspartner auf die Erfüllung seiner Leistungspflicht verzichtet*.

Diese Vereinbarung eines späteren Leistungsverzichts gegen Entschädigung kann als Wandelpön im Sinne von OR 160 III aufgefasst werden. Der Spieler hat gemäss dieser Vereinbarung die Wahl, gegen Leistung der Entschädigung (die wirtschaftlich vom neuen Klub erbracht wird) vom Vertrag zurückzutreten. Diese dem Schuldner gewährte Erleichterung im Sinne einer einseitigen Befreiung von der Hauptverpflichtung unterscheidet sich von einer (echten) Konventionalstrafe dadurch, dass nicht zugunsten des bisherigen Klubs und Gläubigers die Erfüllung der Spielerleistung gesichert, sondern dem Spieler gegenteils die einseitige Befreiung von seiner Vertragspflicht ermöglicht wird³⁹.

Denkbar ist auch, dass der Spielervertrag keine Auskaufsmöglichkeit vorsieht. Erklärt sich der bisherige Klub aufgrund des Interesses eines neuen Klubs trotzdem bereit, bei Zahlung einer Auskaufsumme auf die Spielerleistung zu verzichten, so liegt darin am ehesten eine übereinstimmende vorzeitige Vertragsauflösung mit Leistung einer *Inkonvenienzentschädigung* zum Ausgleich des Verzichts des bisherigen Klubs auf die weitere Spielerleistung.

Daraus folgt, dass solche Spielerwerte – im Falle einer Wandelpön – *auf-schiebend bedingte* oder – im Falle einer Auflösung durch gemeinsame Übereinkunft – *künftige Forderungen* darstellen. Da der Gegenwert dieser Forderungen, das höhere Spielerpotential, jedoch für den jetzigen Klub bereits einen aktuellen Nutzen darstellt und aufgrund des bestehenden Marktes auch bereits während laufender Vertragsdauer (durch Verwertung des Spielernutzens in Form der Auskaufsumme) realisierbar ist, sind diese Spielerwerte sacheinlagefähig⁴⁰.

2. Keine blossе Anwartschaft

Anwartschaften zeichnen sich dadurch aus, dass die Tatbestandselemente einer Rechtsposition noch nicht vollständig erfüllt sind. Da die Vollendung des Tatbestandes jedoch mit Wahrscheinlichkeit erwartet wird, entfaltet die Anwartschaft schon in diesem Vorstadium als Vermögensposition Rechtswirkungen⁴¹.

³⁹ Siehe FELIX EHRT, in: Basler Kommentar, 2. A. 1996, Art. 160 N 25; GAUCH/SCHLUEP: Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil, Bd. II, 7. A. Zürich 1998, N 3934.

⁴⁰ Siehe als Beispiel den Sacheinlagevertrag zur Gründung der SCB Eishockey AG (Einlage des gesamten Spielbetriebs) angeführt bei HENRY PETER: La société sportive «idéale»: association ou société? coopérative ou anony-

me?, in: La forme sociale des organisations sportives, questions de responsabilité, Basel/Genf/ Frankfurt a.M. 1999, 50 f.

⁴¹ GAUCH/SCHLUEP, N 4127; DIETER ZOBL: Zur Rechtsfigur der Anwartschaft und zu deren Verwendbarkeit im schweizerischen Recht, in: Freiheit und Verantwortung im Recht, FS Meier-Hayoz, Bern 1982, 499 ff.

Demgegenüber handelt es sich bei den hier zur Diskussion stehenden Spielerwerten um *am Markt aktuell realisierbare Vermögenspositionen*, wenn der berechnete Klub auf die Inanspruchnahme des Spielernutzens verzichtet. Dass der Spieler zum Wechsel zu einem neuen Klub bereit sein muss, ändert diese Beurteilung nicht, da derartige Wechsel im professionellen Fussball an der Tagesordnung sind⁴². Zudem ist der professionelle Fussballmarkt dadurch gekennzeichnet, dass sich Spielerwerte auch tatsächlich realisieren lassen, da die zugrundeliegende Leistung, das fussballerische Können, wohl spezialisiert, aber breit einsetzbar ist und einen aussergewöhnlich *grossen Markt* mit sehr hohem *Finanzvolumen* hat⁴³. Auch die *Intensität des Wettbewerbs* in diesem Markt mit der sehr grossen Zahl von Wettbewerbern – sowohl auf der Angebotsseite, bei den Spielern, als auch auf der Nachfrageseite, bei den Klubs – trägt zur leichten Realisierbarkeit der Spielerwerte bei⁴⁴.

Ist ein Vermögenswert aber wie hier aktuell realisierbar, lässt sich nicht sagen, es liege eine blosser Anwartschaft vor.

3. Nutzen auch im Konkursfall

- a) Obwohl nach der hier vertretenen Auffassung das Hauptaugenmerk bei der Beurteilung der Sacheinlagen nicht primär auf die Konkursituation auszurichten ist⁴⁵, soll geprüft werden, ob die Spielerwerte auch im Konkursfall ihre Sacheinlagefähigkeit behalten. Als Grundsatz ist festzuhalten, dass der Konkurs *keinen allgemeinen Auflösungsgrund für bestehende Verträge* darstellt: Der Konkursintritt hebt die vom Konkursiten vor der Konkurseröffnung gültig abgeschlossenen Verträge im allgemeinen nicht auf⁴⁶. Auch die Arbeitsverträge⁴⁷ werden durch den Konkurs des Arbeitgebers nicht von Gesetzes wegen aufgelöst⁴⁸. Der Konkurs stellt grundsätzlich auch keinen wichtigen Grund für eine fristlose Auflösung des Arbeitsvertrages dar⁴⁹. Zu beachten ist allerdings OR 337a, wonach der Arbeitnehmer bei Zahlungsun-

⁴² Es ist kennzeichnend für den professionellen Fussball, dass die Spieler in der Regel zu jenen Vereinen im In- oder Ausland wechseln, die ein gutes Image haben und am meisten zahlen. Die Vereinswechsel sind in diesem Markt systemimmanent.

⁴³ Dies kann unabhängig von der Diskussion zur Frage festgehalten werden, ob Spitzensportler als *Unternehmer* zu betrachten seien (so im deutschen Kartellrecht; vgl. SJZ 94, 1998, 290). Jedenfalls wird der Spitzenfussball heute zu Recht als eigenständige Wirtschaftsbranche aufgefasst.

⁴⁴ Die beschriebenen Besonderheiten des Fussballmarktes lassen den Spielerwert tatsächlich zu einem «kuranten Vermögenswert» werden. Dieser entscheidende Gesichtspunkt des *Marktes* wurde ausser Acht gelassen bei den in SJZ 84 (1988) 123 und Steuer Revue 36 (1981) 408 ff. angeführten Entscheidungen,

in welchen zu Unrecht – basierend auf dem früheren System der Transferzahlungen – von einer blossen Anwartschaft ausgegangen wurde.

⁴⁵ Siehe zur Stufenfolge bei den Kriterien vom Ziff. III bei Anm. 30 und 37.

⁴⁶ JOŁANTA KREN: Konkursöffnung und schuldrechtliche Verträge, Bern 1989, 9. LOUIS DALLÈVES: L'exécution forcée contre une organisation sportive, in: La forme sociale des organisations sportives, questions de responsabilité, Basel/Genf/Frankfurt a.M. 1999, 131.

⁴⁷ Die Verträge mit Profifussballern (Lizenzverträge) sind (nicht klassische) Arbeitsverträge oder allenfalls durch die Normen des Arbeitsvertragsrechts zu ergänzende Innominatkontrakte.

⁴⁸ REHBINDER, in Basler Kommentar 1996, Art. 337a N 1.

⁴⁹ KREN, 58 f., mit weiteren Hinweisen.

fähigkeit des Arbeitgebers das Arbeitsverhältnis fristlos auflösen kann, «sofern ihm für seine Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis nicht innert angemessener Frist Sicherheit geleistet wird». Der Arbeitnehmer ist hingegen nicht berechtigt, das Beendigungsrecht auszuüben, wenn sein Anspruch nicht gefährdet ist⁵⁰.

Bei dieser Ausgangslage hat es die Konkursverwaltung in der Hand, zur *Erhaltung der Spielerwerte diese Sicherstellung zu gewähren*, was auch durch einen Dritten erfolgen⁵¹ und im Sinne einer sorgfältigen Verwertung der Aktiven geboten sein kann.

- b) Wesentlich ist, dass die Konkursituation die Spielerwerte *weder vernichtet noch ernsthaft gefährdet*. In den meisten Fällen wird der Spielbetrieb aufrecht erhalten werden können⁵², so dass der aktuelle Nutzen für die Gesellschaft als primäres Element und die Verwertbarkeit der Spielerwerte als sekundäres Element⁵³ aufrecht erhalten bleiben. Entscheidend ist auch hier, dass sich die Verwertbarkeit der Spielerwerte nach Angebot und Nachfrage auf dem Markt⁵⁴ richtet und dass *dieser Markt weitgehend unabhängig von einer allfälligen Konkursituation des bisherigen Klubs funktioniert*. Zu beachten ist sodann, dass einerseits der Spielervertrag auch ausserhalb des Konkurses nach Ablauf der häufig zwei- oder dreijährigen Vertragsdauer endet (oder entsprechend der bereits abgewickelten Laufzeit auch früher) und dass andererseits das Konkursverfahren nicht selten auch so lange dauert. Ferner achten professionell geführte Klubs heute darauf, dass sich die Spielerverträge mit den Schlüsselspielern in ihrer Dauer überlappen.

Insgesamt ergibt sich, dass die Sacheinlagefähigkeit von Spielerwerten im Zusammenhang mit der Konkursfrage *aus drei Gründen bejaht werden kann*: Erstens reduziert die Marktfähigkeit der Spielerwerte das Konkursrisiko der Fussball-AG bereits im Vorfeld, zweitens sind diese marktfähigen Spielerwerte auch in einem Konkursfall ihrer Natur nach kaum einem Wertzerfall ausgesetzt (die Spielerwerte sind von der finanziellen Situation der Fussball-AG weitgehend unabhängig) und drittens kann die Bewertung auch im Falle einer Besorgnis einer Überschuldung im Sinne von OR 725 II nach Fortführungswerten erfolgen, da die Möglichkeit besteht, den Spielbetrieb fortzuführen⁵⁵.

⁵⁰ KREN, 58.

⁵¹ KREN, 60 Anm. 200.

⁵² Konkurse bei Fussball-Aktiengesellschaften sind wohl – trotz Überschuldungsproblemen – deshalb selten, weil aufgrund der Spielerwerte das Potential für eine Weiterführung des Spielbetriebs in angepassten Strukturen (Erschliessung neuer Sponsoren oder anderer Geldgeber, Abgabe von Spielern an andere Klubs, ev. Gründung von Auffanggesellschaften) vorhanden ist. – Zu beachten ist hier auch, dass *Lizenzentzüge* während laufender Spielsaison *praktisch nicht vorkommen*. Voraussetzung für die Erteilung der Klublizenz ist viel-

mehr, dass der Fussballklub finanziell in der Lage ist, seinen Spielern die Teilnahme am Championnat während einer ganzen Spielsaison zu gewährleisten. Auch dieses Element stärkt die Spielerwerte, da diese nicht unter dem Jahr wegen entzogener Klublizenz verfallen und eine Verfälschung des Spielwettbewerbs verhindert wird.

⁵³ Siehe dazu vorn Ziff. III./1. und 2 bei Anm. 33.

⁵⁴ WIDMER, 299.

⁵⁵ Siehe zum Gläubigerschutzcharakter des Fortführungswertes vorn Ziff. III./1. bei Anm. 27 und hinten VII bei Anm. 97.

- c) Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die Regelung in Art. 11 lit. f der Statuten der Nationalliga des SFV: Danach muss der Kooperationsvertrag zwischen dem Verein und der Aktiengesellschaft eine Bestimmung enthalten, wonach sich die Aktiengesellschaft verpflichtet, ihren Spielern in den Arbeitsverträgen die Pflicht aufzuerlegen, im Falle des Konkurses der Aktiengesellschaft von der Konkursverwaltung unverzüglich Sicherheitsleistungen zu verlangen. Verzichtet die Konkursverwaltung auf die Fortsetzung des Betriebs der Aktiengesellschaft oder leistet sie die geforderte Sicherheit nicht, hat der Spieler das Arbeitsverhältnis fristlos aufzulösen «und einen gleichen Arbeitsvertrag mit dem Verein abzuschliessen, wozu sich dieser im Kooperationsvertrag zu verpflichten hat»⁵⁶.

4. Exkurs: Keine Gefährdung wegen Betriebsübergangs

Es ist hier auch kurz auf die Frage einzugehen, ob die Sacheinlagefähigkeit von Spielerwerten gefährdet sein könnte, weil dem Arbeitnehmer im Falle eines Betriebsübergangs nach OR 333 II ein Ablehnungsrecht zusteht. Da das System der Vertragsauskaufsumme wie erwähnt den Fortbestand des befristeten Vertrages voraussetzt, wäre die Verwertbarkeit der Spielerwerte im Falle einer Vertragsauflösung gefährdet⁵⁷.

Arbeitsrechtlichen Einwänden gegenüber der Sacheinlagefähigkeit von Spielerwerten ist vorab entgegen zu halten, dass Berufsfussballer *nicht* mit «gewöhnlichen» Arbeitnehmern gleichgestellt werden können. Vielmehr kommt ihnen aufgrund der Besonderheiten des professionellen Sportgeschäfts eine *Sonderstellung* zu. Im Rahmen der erwähnten Diskussionen zwischen den Fussballverbänden und der EU-Kommission⁵⁸ wurde denn auch klar, dass eine gänzliche Anpassung der Spielerverträge an das klassische Arbeitsrecht den Klubs die auch für den wirtschaftlichen Erfolg unerlässliche Planung verunmöglicht hätte. Bislang wurde die Frage nach den Folgen einer «unreflektierten Einstufung des Profisportlers als Arbeitnehmer klassischer Art» zwar aufgeworfen⁵⁹, aber noch nicht genügend geklärt.

Es ist davon auszugehen, dass nach einer Einbringung des Sportbetriebes in eine neu gegründete Aktiengesellschaft nicht mehr der Verein, sondern die Aktiengesellschaft formell neuer Arbeitgeber ist.⁶⁰ Massgeblich ist indessen, dass sich durch diesen Vorgang wirtschaftlich nichts geändert hat – wirtschaftlicher Betriebsinhaber bleibt derselbe – und *die persönliche Leistungspflicht der Spieler*

⁵⁶ Kritisch zu dieser Regelung DALLÈVES, 132.

⁵⁷ Genau betrachtet stellt sich allerdings das Problem eines Betriebsübergangs hier *zum vornherein höchstens beschränkt*, da es gerade nicht zu einer Sacheinlage kommt, wenn der Spieler die Übertragung des Spielbetriebes vom Verein auf eine neu zu gründende Aktiengesellschaft zum Anlass nimmt, den Vertrag zu kündigen. Ein allfälliger späterer Betriebsübergang ist für die Frage der Sacheinlagefähigkeit im Rahmen der Gründung der Aktiengesellschaft ebenso irrelevant wie allfällige andere *spätere* Vorkommnisse.

⁵⁸ Siehe vorn bei Anm. 11.

⁵⁹ PETER J. TETTINGER: Sport als Verfassungsthema, JZ 55 (2000) 1073 f.; ferner Neue Zürcher Zeitung vom 6.9.2000 S. 51.

⁶⁰ BERNARD HOLDERMANN: Der Übergang des Arbeitsverhältnisses nach schweizerischem Recht, ArbR 1991, 44 f., mit weiteren Hinweisen; STREIFF/VON KAENEL: Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. A. Zürich 1992, Art. 333 N 7; a.M. STAHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar 1996, Art. 333 N 3.

durch diesen Übergang kaum tangiert wird⁶¹. Der Spieler wird auch *nicht in einen fremden Betrieb versetzt*⁶². Es liegt daher kein Betriebsübergang im Sinne von OR 333 vor⁶³. Aber auch für den Fall, dass OR 333 zur Anwendung kommen und dem Spieler damit ein Ablehnungsrecht zukommen sollte⁶⁴, wäre die Sacheinlagefähigkeit der Spielerwerte kaum in Frage gestellt. Die Zulässigkeit und Gültigkeit der Arbeitsverträge selbst wird auch nicht deshalb in Frage gestellt, weil sie im Falle eines Betriebsüberganges einem Ablehnungsrecht des Arbeitnehmers ausgesetzt wären.

5. Kein Risiko aus OR 337d

Die vom neuen Klub an den bisherigen Klub zu zahlende Auskaufsumme unterliegt auch nicht den betragsmässigen Schranken von OR 337d. Weder liegt die Situation vor, dass der Spieler die Stelle beim neuen Klub ungerechtfertigterweise nicht antritt, noch verlässt er die Stelle beim bisherigen Klub fristlos und ungerechtfertigterweise. Nach dem Vertragsmodell wird der Spieler vielmehr aus den Verpflichtungen seines Vertrages mit dem bisherigen Klub durch die Zahlung der Auskaufsumme von Seiten des neuen Klubs «ausgekauft». Der (vorzeitige) Klubwechsel erfolgt also gemäss der vertraglich vorgesehenen Auskaufsmöglichkeit oder – falls der Vertrag eine solche nicht vorsieht – durch übereinstimmende vorzeitige Vertragsauflösung⁶⁵. Eine solche *vertragsgemässe Beendigung* oder Auflösung im gegenseitigen Einvernehmen stellt keinen Anwendungsfall von OR 337d dar⁶⁶. Voraussetzung wäre vielmehr eine rechtswidrige Kündigung durch den Arbeitnehmer⁶⁷.

⁶¹ Dies dürfte unabhängig von der Art gelten, wie die Vereinsstruktur auf die Struktur mit Aktiengesellschaft übergeführt wird; siehe zu den diesbezüglichen Modellen HENRY PETER: *La société sportive «idéale»*, 59 ff. Siehe ferner: *Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht*, Hrsg. Schweiz. Gewerbeverband, Bern 1991, Art. 333 N 11: «Ob erster Fall [Umwandlung und Umgründung] überhaupt unter OR 333 fallen soll, ist fraglich, da sich an den persönlichen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nichts ändert. Eine Ablehnung des Übergangs ist wohl rechtsmissbräuchlich.» Siehe zur Unterscheidung zwischen rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Betriebsübergängen auch MICHAEL E. WINKLER: *Unternehmensumwandlungen und ihre Auswirkungen auf Arbeitsverträge*, Diss. Zürich 2001, 16–22.

⁶² Vgl. REHBINDER, in *Berner Kommentar* 1992, Art. 333 N 13.

⁶³ Vgl. MICHAEL E. WINKLER: *Arbeitnehmerschutz nach dem Entwurf zum neuen Fusionsgesetz*, zur Publikation vorgesehen in SJZ Nr. 21 vom 1. November 2001; STREIFF/VON KAENEL, Art. 333 N 7, die eine Umwandlung einer Einzelfirma in eine Aktiengesellschaft oder die Ausgliederung einer Servicegesellschaft aus

einem Konzern nicht zum Anwendungsbereich von OR 333 zählen; vgl. auch REHBINDER, in *Berner Kommentar* 1992, Art. 333 N 3; BRÜHWILER: *Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag*, 2. A. Bern 1996, Art. 333 N 1 a. E.; a. M. STAEHELIN/VISCHER, Art. 333 N 3. Vgl. ferner den Entscheid der *Chambre d'appel de Genève* vom 20. Juni 1990 in JAR 1991, 274 ff.

⁶⁴ OR 333 I und II sind nicht zwingender Natur. In Deutschland besteht die Empfehlung, dass die Fussballunternehmen bereits bei Vertragsabschluss die Spielerverträge mit einer Klausel ausstatten, die für den Fall eines künftigen Betriebsübergangs im Rahmen einer Ausgliederung das Widerspruchsrecht nach BGB 613a ausschliesst. Dieses Vorgehen wird bereits von mehreren Fussballunternehmen praktiziert (siehe Börsengänge europäischer Fussballunternehmen, zit. Anm. 12, 38 f.).

⁶⁵ Siehe vorn Anm. 40 zur Rechtsgrundlage der Auskaufsumme.

⁶⁶ So ausdrücklich STREIFF/VON KAENEL, Art. 337d N 2; REHBINDER, in *Berner Kommentar* Art. 337d N 1; JAR 1988, 281 f. (Urteil des Arbeitsgerichts Zürich).

⁶⁷ REHBINDER, in *Berner Kommentar* 1992, Art. 337d N 1; STAEHELIN/VISCHER, in *Zürcher Kommentar* 1996, Art. 337d N 2.

Der in OR 337d statuierte Höchstbetrag für eine Entschädigung, die vom Arbeitgeber im Falle eines ungerechtfertigten Nichtantretens oder Verlassens der Stelle als pauschalisierter Schadenersatz gefordert werden kann (ein Viertel eines Monatslohns), ist damit auf die Auskaufsumme nicht anwendbar⁶⁸. Da sich die Auskaufsumme auf einen anderen Sachverhalt bezieht, liegt keine OR 337d tangierende, höhere Konventionalstrafe vor⁶⁹.

V. Abgrenzung zu weiteren immateriellen Werten

1. Funktionierender Markt

Da die Frage der Sacheinlagefähigkeit immaterieller Vermögenswerte über den Berufsfussball und auch über den Berufssport hinaus interessiert, soll ergänzend die Frage der Abgrenzung der hier zu beurteilenden Spielerwerte zu den nicht sacheinlagefähigen Arbeitsleistungen oder persönlichen Fähigkeiten geprüft werden. Zunächst ist nochmals klarzustellen, dass Sacheinlage im vorliegenden Fall die *Spielerwerte*⁷⁰ und nicht der zugrunde liegende Vertrag oder die zugrunde liegende Arbeitsleistung der Spieler sind. Arbeitsleistungen und persönliche Fähigkeiten sind in der Regel nicht sacheinlagefähig⁷¹. Es fragt sich mithin, weshalb die Spielerwerte sacheinlagefähig sind, nicht aber beispielsweise das hochspezialisierte Fachwissen eines EDV-Teams oder das ausgewiesene Können eines Musikers.

Der *massgebliche Unterschied* besteht darin, dass bei den hier zur Diskussion stehenden Spielerwerten im Berufsfussball – und zum Teil auch in anderen Berufssportarten – die faktische Bereitschaft interessierter Klubs besteht, die Auskaufsummen an bisherige Klubs zu zahlen, um einen Spieler in die eigenen Reihen zu bekommen⁷². Die neuen Klubs sind dazu bereit, weil sie von diesem Spielerwechsel höhere Zuschauereinnahmen, Mehreinnahmen aus TV-Übertragungen und höhere Merchandising- und Sponsoringerträge erwarten. Es besteht also ein *funktionierender Markt*⁷³ für Berufsfussballer, an welchem Zahlungen von

⁶⁸ Siehe zur Frage einer allfälligen betragsmässigen Begrenzung der Auskaufsumme vorn Anm. 9.

⁶⁹ Zu beachten ist auch, dass Absatz I von OR 337d mit dem pauschalisierten Schadenersatz von einem Monatslohnviertel zugunsten des *Arbeitgebers* zwingenden Charakter hat (STREIFF/VON KAENEL, Art. 337d N 10).

⁷⁰ Siehe vorn Ziff. III./1. bei Anm. 24.

⁷¹ Siehe WIDMER, 309; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 15 N 12; Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung 1998, Ziff. 7.15 S. 12.

⁷² Im deutschen Fussballmarkt wurden im Sommer 2000 DM 80 Mio. Ablösesummen für die vorzeitige Beendigung von Spielerverträgen gezahlt. Näheren Aufschluss zum *Berufsfussballmarkt und dessen Entwicklung* geben

u.a. folgende Publikationen: Annual Review of Football Finance, Deloitte & Touche, August 2000 (www.footballfinance.co.uk); Börsengänge europäischer Fussballunternehmen, zit. Anm. 12, unter dem Titel FC Euro AG; ULRICH SEGNA: Bundesligavereine und Börse, Osnabrück 1997.

⁷³ Siehe die nähere Umschreibung dieses spezifischen Marktes vorn Ziff. IV./2. bei Anm. 43. Auf die Bedeutung des Bestehens eines Marktes für die Sacheinlage hat insbesondere BAUMANN, 43, hingewiesen: «Damit man eine Sache oder ein Recht in Geld umtauschen kann, muss jemand da sein, der sich dafür interessiert. ... Das Resultat ist abhängig vom Gesetz von Angebot und Nachfrage. Am leichtesten ist etwas zu verwerten, wofür ein eigentlicher Markt besteht.»

Auskaufsummen *marktüblich* sind. Dass ein solcher besonderer Markt tatsächlich besteht, ergibt sich auch daraus, dass Berufsfussballer gemäss den Erfahrungszahlen der FIFA durchschnittlich 2,7 Jahre bei demselben Klub spielen, während die Spielerverträge gemäss dem neuen FIFA-Reglement wie erwähnt auf (maximal) fünf Jahre⁷⁴ abgeschlossen werden können. Ein solcher Markt und die Usanz, dem bisherigen Arbeitgeber eine Auskaufsumme und allenfalls eine Ausbildungsentschädigung zu zahlen, bestehen in den Fällen des EDV-Teams oder des Musikers hingegen nicht⁷⁵.

2. Grenzen beim Know-how

Soweit Arbeitsleistungen oder persönliche Fähigkeiten jedoch keinen entsprechenden Markt und damit keine einfache Realisierbarkeit aufweisen, bilden sich daraus keine verselbständigten und verwertbaren Werte; damit fehlt es in diesen Fällen an der Sacheinlagefähigkeit. Auch nach der hier vertretenen Auffassung ist *nicht jedes menschliche Know-how sacheinlagefähig, wohl aber jenes, dass sich aufgrund etablierter Marktmechanismen zu einem verwertbaren und verselbständigten Wert verdichtet hat*. Insofern kann die hier dargelegte Differenzierung allenfalls auch für andere Berufe bedeutsam werden, und die apodiktische Aussage, berufliche Fähigkeiten könnten als Sacheinlage nicht in Betracht kommen, ist im Sinne der vorstehenden Ausführungen zu präzisieren.

Immaterielle Vermögenswerte können jedenfalls dann Gegenstand einer Sacheinlage bilden, wenn sie einen *bestimmten wirtschaftlichen Wert* aufweisen sowie übertragbar und verwertbar sind und damit *den Gesellschaftsgläubigern als Haftungssubstrat* dienen können⁷⁶.

Zu beachten ist auch, dass der Wert einer Gesellschaft *immer mehr durch immaterielle Faktoren beeinflusst* wird. Für sehr viele dieser Werte lässt sich heute ein Marktwert ermitteln. Nach den Erfordernissen der finanziellen Berichterstattung in der New Economy sollen messbare immaterielle Vermögenswerte die gleiche Bedeutung erlangen wie die traditionellen materiellen Werte. Platz greifen sollte eine konsequente Bewertung zu Marktwerten⁷⁷.

VI. EU-rechtliche Komponenten

1. Bosman-Urteil des EuGH

Bei der Beschreibung der Ausgangslage⁷⁸ wurde bereits festgehalten, dass sich das System der Transferzahlungen mit dem Bosman-Urteil des Europäischen Gerichtshofes grundlegend gewandelt hat. In seiner Entscheidung vom 15. De-

⁷⁴ Ziff. 3 des revidierten FIFA-Reglements (Änderung betreffend internationale Transfers).

⁷⁵ In diesen anderen Bereichen sind langjährige Verträge zum Zwecke der Absicherung einer Abfindungszahlung (oder der Übernahme einer Konventionalstrafe) *unüblich*.

⁷⁶ Siehe auch Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantones Neuenburg vom 7.7.2000 (Reprax 2/2000, 81 ff.)

⁷⁷ Siehe den wichtigen Beitrag «Vormarsch des Immateriellen» in Neue Zürcher Zeitung vom 26.7.2000, S. 21.

⁷⁸ Siehe vorn Ziff. I./2. bei Anm. 3.

zember 1995 prüfte der EuGH, ob die zu dem massgeblichen Zeitpunkt bestehenden Transferregeln im belgischen und europäischen Berufsfussball eine nach Art. 39 (ex-Art. 48) EGV verbotene Beeinträchtigung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer darstellten⁷⁹.

Die Kernaussagen des Urteils lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Das Urteil betrifft nur den bezahlten Fussball.
- Berufsfussballspieler sind als Arbeitnehmer im Sinne von Art. 39 (ex-Art. 48) EGV zu betrachten.
- Art. 39 (ex-Art. 48) EGV gilt nicht nur gegenüber staatlichen Normen, sondern auch für Regeln privater Sportverbände, welche die Voraussetzungen für die Ausübung einer unselbständigen Tätigkeit durch die Berufssportler festlegen.
- Es ist untersagt, den grenzüberschreitenden Wechsel eines «EU-Spielers», dessen Vertrag mit seinem bisherigen Arbeitgeber ausgelaufen ist, von einem EG-Mitgliedstaat zu einem anderen von der Zahlung einer Transferentschädigung abhängig zu machen. Nach Auffassung des Gerichts beeinträchtigen die Transferregeln die *Freizügigkeit der Arbeitnehmer*⁸⁰, da sie vorsehen, dass ein Berufsfussballspieler seine Tätigkeit nicht bei einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen neuen Verein ausüben kann, wenn dieser dem bisherigen Verein die Transferentschädigung nicht gezahlt hat, deren Höhe zwischen den Vereinen vereinbart oder gemäss den Vorschriften der Verbände bestimmt wurde⁸¹.

2. Auswirkungen des Bosman-Urteils

Das Bosman-Urteil betrifft den Wechsel von Berufsfussballspielern innerhalb des EU/EWR-Raumes, nicht dagegen die Regelung von Transferentschädigungen innerhalb eines Mitgliedstaats oder zwischen einem Mitgliedstaat *und einem Dritt-*

⁷⁹ Zu beurteilen war folgender Sachverhalt: Gemäss den Regeln der Fussballverbände konnte ein bezahlter Fussballer sowohl auf nationaler Ebene wie im Bereich der EG den Verein nur dann wechseln, wenn der aufnehmende an den abgebenden Verein eine Transfersumme zahlte. Hieran scheiterte der Wechsel des in Belgien unter Vertrag stehenden Spielers Bosman zu einem Klub in Frankreich, da der belgische Verband wegen Zweifeln an der Solvenz des französischen Vereins die notwendige Freigabe verweigerte. Hierauf klagte Bosman gegen den belgischen Fussballverband und die UEFA vor einem belgischen Gericht, das die Frage der Vereinbarkeit der Transferregeln mit den Grundsätzen der Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäss Art. 234 (ex-Art. 177) EGV dem EuGH zur Vorabentscheidung vorlegte.

⁸⁰ Vgl. zur Frage der Beeinträchtigung der Berufsfreiheit der Spieler einen Entscheid des deutschen Bundesgerichtshofes (BGH), in welchem die früher üblichen Ablösegeelder für Amateur-Vertragsspieler – in Anlehnung an das Bosman-Urteil – als sittenwidrig eingestuft worden sind (Neue Zürcher Zeitung vom 28.9.1999, S. 55 und vom 2.10.1999, S. 57).

⁸¹ Das Gericht hielt ferner fest, dass Transferregelungen nicht aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zu rechtfertigen seien. Sie stellten insbesondere kein dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit genügendes Mittel zur Aufrechterhaltung des finanziellen und sportlichen Gleichgewichts zwischen den Vereinen oder zur Unterstützung der Suche nach Talenten oder der Ausbildung junger Spieler dar (Slg. 1995, 5072 Rz. 110).

staat⁸². Wesentlich ist ferner, dass das Urteil eine Zahlung *nach Vertragsablauf*, also eine klassische Transferzahlung, betraf. Es betrifft jedoch nicht Zahlungen, die ein neuer Klub an den bisherigen Klub leistet, damit dieser den Spieler *aus dem laufenden Vertragsverhältnis* freigibt, nicht also die Zahlung von Auskaufsummen gemäss dem heute üblichen Vertragsmodell⁸³. Ablöseentschädigungen bei vorzeitigen Wechseln können deshalb nach wie vor gezahlt werden.

Auf das *Schweizer Recht* hat das Bosman-Urteil keine direkten Auswirkungen. Hingegen hatte das Urteil – wie bereits ausgeführt⁸⁴ – insofern indirekte Auswirkungen, als auch das schweizerische Transfersummensystem im Berufsfussball grundlegend geändert wurde⁸⁵. Die neueren Vertragsauskaufsummen gelten dabei *nicht* als Transfersummen und werden dementsprechend in den angepassten Reglementen der Nationalliga des SFV nicht geregelt.

Da das Bosman-Urteil keine Auswirkungen auf Transfers zwischen der EU und Drittstaaten hatte, können in diesem Bereich nach wie vor Transfersummen auch nach Vertragsbeendigung gezahlt werden⁸⁶.

3. Kapitalrichtlinie

- a) Gemäss dem für die Liberierung mit Sachwerten massgebenden Art. 7 der zweiten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie 77/91/EWG darf das gezeichnete Kapital nur aus Vermögensgegenständen bestehen, deren wirtschaftlicher Wert feststellbar ist, nicht jedoch aus Verpflichtungen zu Arbeits- oder Dienstleistungen. Sacheinlagen für Aktien, die im Zeitpunkt der Gründung der Gesellschaft ausgegeben werden, müssen innerhalb von fünf Jahren nach diesem Zeitpunkt vollständig geleistet werden⁸⁷.

Hinsichtlich der Sacheinlagefähigkeit bestimmt die Richtlinie somit lediglich, dass es sich um Vermögensgegenstände mit einem *feststellbaren wirtschaftlichen Wert* handeln muss, wobei der Richtlinientext diesen Begriff nicht präzisiert. Zur Auslegung wird im wesentlichen auf die Literatur und Rechtsprechung zum *deutschen Recht* verwiesen. Dieses verlangt, dass Sacheinlagen wie Bareinlagen geeignet sein müssen, die dem Aktienkapital entsprechenden Vermögenswerte zur Sicherung der Gesellschaftsgläubiger und künftiger Aktionäre aufzubringen. Es gilt der *Grundsatz der funktionalen*

⁸² Die Frage, ob die Bosman-Regelung auch für Spieler aus *Nicht-EU-Ländern* Gültigkeit hat, war Gegenstand des Falles Balog. Der Fall des ungarischen Spielers Tibor Balog hätte vom EuGH im Frühjahr 2001 entschieden werden sollen; die Angelegenheit wurde aber dem Vernehmen nach durch Vergleich erledigt.

⁸³ Dieses Modell hat sich gerade infolge des Bosman-Urteils erst recht entwickelt (siehe vorn Ziff. I./2. bei Anm. 3; in Einzelfällen, z.B. beim Spieler Jürgen Klinsmann, wurde dieses Modell schon früher praktiziert).

⁸⁴ Siehe vorn Ziff. I./2. bei Anm. 7, 8.

⁸⁵ Vgl. den Beitrag in der Neuen Zürcher Zeitung vom 15. Dezember 1999, S. 53: Die EU-Freizügigkeitsregelung und die Folgen für den Sport (Vier Jahre nach dem Bosman-Entscheid), mit der Feststellung, dass die Freizügigkeit für Berufsfussballspieler zu einer *zunehmenden Investitionsbereitschaft* geführt hat.

⁸⁶ Dies bedeutet, dass Schweizer Fussballklubs für Spieler aus dem Ausland unverändert Transfersummen zu zahlen haben.

⁸⁷ Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie.

*Äquivalenz*⁸⁸. Offen ist nach deutschem Recht, ob es sich um bilanzfähige Gegenstände handeln muss⁸⁹.

- b) Da das europäische Recht auf die Frage der Sacheinlagefähigkeit von Transfer- oder Spielerwerten keine Antwort gibt und dazu auch keine EuGH-Rechtsprechung vorliegt, ist im Folgenden kurz auf das *massgebliche Urteil des Bundesfinanzhofes* (BFH) vom 26. August 1992⁹⁰ einzugehen. Gemäss diesem Urteil stellen Transferentschädigungen *Anschaffungskosten* für die vom Verband zu erteilende Spielerlaubnis dar. Diese Spielerlaubnis stelle einen immateriellen Vermögenswert und damit ein *verkehrsfähiges Wirtschaftsgut* dar. Die Spielerlaubnis ist gemäss BFH auch *selbständig bewertbar*. Der BFH vertritt ferner die Auffassung, dass auch das Verbot der Bilanzierung schwebender Geschäfte der Bilanzfähigkeit von Transferwerten nicht entgegensteht⁹¹.

Die BFH-Entscheidung ist vor Erlass des Bosman-Urteils gefällt worden; sie ist in den Fällen zulässiger Transferentschädigungen aber weiterhin massgeblich. Obwohl es in der Entscheidung in erster Linie um die bilanzrechtliche Aktivierung von Transferwerten ging, beantwortete der BFH implizit auch die Frage der *Sacheinlagefähigkeit* positiv, da er sowohl das aktienrechtliche Kriterium des Vorliegens eines Vermögensgegenstandes mit einem feststellbaren wirtschaftlichen Wert als auch die Bilanzfähigkeit bejahte.

- c) Ein Vergleich der schweizerischen Sacheinlagevorschriften mit den entsprechenden EU-Regelungen ergibt, dass sich die schweizerischen Kriterien zur Qualifizierung eines Vermögenswertes als Sacheinlage *in den Grundzügen mit denjenigen der EU decken*. Namentlich verlangt das EU-Recht wie das schweizerische Aktienrecht die Bewertungsfähigkeit und Verfügbarkeit des Vermögensgegenstandes. Streitig ist jedoch insbesondere in Deutschland die Notwendigkeit der Bilanzierungsfähigkeit, die in der schweizerischen Doktrin überwiegend bejaht wird⁹². Übereinstimmung zwischen der EU und der Schweiz herrscht im Bereich der Publizität einer Sacheinlagegründung. Die Anforderungen der EU wie auch des deutschen Rechts werden daher in der Schweiz erfüllt.

Somit kann festgehalten werden, dass weder die Kapitalrichtlinie noch ihre Umsetzung im deutschen Aktienrecht einer Aktivierung der Transferwerte von Berufsfussballspielern in der Bilanz entgegenstehen⁹³.

⁸⁸ KARSTEN SCHMIDT: Gesellschaftsrecht, 3. A. Köln 1997, 572; vgl. dazu bereits UWE HÜFFER: Harmonisierung des aktienrechtlichen Kapitalschutzes, in: NJW 1979, 1067.

⁸⁹ KRAFT, in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 2. A. Köln 1988, § 27 N 14; HÜFFER, Aktiengesetz, 3. A. München 1997, § 27 N 22.

⁹⁰ NJW 1993, 222.

⁹¹ NJW 1993, 224 Ziff. 8. Ausdrücklich *bejaht* wird die Sacheinlagefähigkeit auch von MATHIAS HABERSACK: Gesellschaftsrechtliche Fragen der Umwandlung von Sportvereinen

in Kapitalgesellschaften, in Sportkapitalgesellschaften, hrsg. von Urs Scherrer, Stuttgart 1998, 57 und 63.

⁹² Weitere Abweichungen bestehen darin, dass die Kapitalrichtlinie bei den Schutzvorkehrungen lediglich einen Sachverständigenbericht verlangt und dass der prüfende Revisor nach schweizerischem Recht keiner behördlichen Zulassung bedarf.

⁹³ Vgl. dazu auch WERNER HAAGA: Die Finanzierung und Bilanzierung der Lizenzspielerabteilung eines Fussballvereins, in: Wirtschaft-

4. Statut der Europäischen Aktiengesellschaft

Der Kapitalschutz des Vorschlags (1991) für eine Verordnung über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) entspricht inhaltlich den Regelungen der Kapitalrichtlinie⁹⁴. Art. 38 Abs. 2 des Vorschlags sieht vor, dass das gezeichnete Kapital nur aus Vermögensgegenständen bestehen darf, deren wirtschaftlicher Wert feststellbar ist. Da es sich um eine wortgleiche Regelung handelt, kann auf die Ausführungen zur Kapitalrichtlinie in Ziff. 3 hievor verwiesen werden.

5. Folgerung

Das europäische Sacheinlagerecht gemäss der Kapitalrichtlinie und das schweizerische Sacheinlagerecht sind sich im Ergebnis sehr ähnlich. Das europäische Recht stellt in diesem Bereich keine Anforderungen auf, die das schweizerische Recht nicht erfüllen würde. Das europäische Gesellschaftsrecht steht somit *der Sacheinlagefähigkeit von Spielerwerten nicht entgegen*.

VII. Bilanzmässige Behandlung

Da die Bilanzierungsfähigkeit eine weitere Voraussetzung der Sacheinlagefähigkeit bildet⁹⁵, sei noch kurz auf die Aspekte der Rechnungslegung eingegangen, unter Einbezug der neueren Entwicklungen gemäss FER und des Vorentwurfs zu einem Bundesgesetz über die Rechnungslegung und Revision (RRG).

- a) Unter *Bilanzierungsfähigkeit* ist die Eignung eines Objektes, Rechtes oder anderen Tatbestandes zu verstehen, als Vermögenswert auf der Aktivseite eingestellt zu werden. Aktiven sind dabei mit Geld bewertete, künftig zu erwartende Nutzenzugänge in Form von Zahlungsmitteln, Sachgütern oder Leistungen ohne weitere Gegenleistung des Unternehmens. Aktiven können somit als potentielle Nutzenbringer, als Chancen auf unentgeltlichen Güter- und Leistungswertzugang, aufgefasst werden. *Aktivierbar* ist damit grundsätzlich jedes Nutzenpotential, jede Ertragsquelle, aus der in Zukunft ein mit Geld bewertbarer wirtschaftlicher Nutzen erwartet werden kann⁹⁶.

Besser als in der aktienrechtlichen Literatur wird in jener zum Rechnungslegungsrecht zum Ausdruck gebracht, dass bei der Bilanzierung grundsätzlich von der *Fortführung des Unternehmens* auszugehen ist (going concern)⁹⁷.

liche und rechtliche Aspekte zu Problemen des Berufsfussballs, Württembergischer Fussballverband (Hrsg.), Stuttgart 1990, 33 ff. Näheres zur *kürzlichen Einigung über die Europäische Aktiengesellschaft* enthält der Beitrag von ANDREAS KELLERHALS und DIRK TRÜTEN: Neues zur Europäischen Aktiengesellschaft, SJZ 97, 2001, 337 ff. (vollständige Leistung der Sacheinlagen innerhalb von fünf Jahren).

⁹⁴ BEHRENS, in: Dausen, Handbuch des europäischen Wirtschaftsrechts, 2. A. München 1997, E. III, Rz. 136.

⁹⁵ Siehe vorn Ziff. II bei Anm. 16.

⁹⁶ KÄFER, Berner Kommentar 1981, Art. 957 N 236 und Art. 958 N 353; KLAUS DELLMANN: Bilanzierung nach neuem Aktienrecht, 3. A. Bern 1996, 45 ff.

⁹⁷ OR 662a II Ziff. 4 statuiert ausdrücklich, dass die ordnungsmässige Rechnungslegung nach dem Grundsatz der *Fortführung der Unternehmenstätigkeit* zu erfolgen hat. Auch das RRG hebt die Annahme der Fortführung der Unternehmenstätigkeit als Grundlage der Rechnungslegung hervor (siehe Art. 9 RRG).

Der Wert eines Vermögensgegenstandes zeigt sich nicht nur im Verkehrswert (Veräusserungswert), sondern insbesondere im *Gebrauchswert für das Unternehmen*. Selbst eine allfällige Unveräusserlichkeit – die bei Spielerwerten nicht vorliegt – verhindert die Aktivierbarkeit solcher Vermögensobjekte nicht. Somit sind auch *konkrete Nutzungsmöglichkeiten* und wirtschaftliche Vorteile aktivierungsfähig, soweit dem Bilanzierenden die wirtschaftliche Verfügungsgewalt zusteht und zukünftige Erträge zu erwarten sind⁹⁸.

Der Spielerwert erfüllt auch aus bilanztheoretischer Sicht die Kriterien der Aktivierbarkeit⁹⁹, da sowohl der im Geschäftsverkehr realisierbare wirtschaftliche Wert, also die *selbständige Verwertbarkeit*, als auch die individuelle Erfassbarkeit des Marktwertes des jeweiligen Berufsfussballers, also die *Einzel erfassbarkeit* und Einzelbewertbarkeit, vorliegen¹⁰⁰.

Bei der *Bewertung der Sacheinlage* sind die allgemeinen Buchführungsvorschriften zu beachten¹⁰¹. Eine Sacheinlage muss demnach nach OR 960 bewertet werden. Dabei kann der subjektive Geschäftswert zur Anwendung kommen. Der Sacheinlagewert entspricht für die Aktiengesellschaft den Anschaffungskosten, die alsdann als Obergrenze für die *Folgebewertungen* im Rahmen der jeweiligen Jahresabschlüsse gelten (OR 665).

- b) Bestätigt wird diese bilanzmässige Behandlung der Spielerwerte durch die Standards von FER 9¹⁰². Danach können auch selbsterarbeitete immaterielle Werte aktiviert werden, falls sie im Zeitpunkt der Bilanzierung einen identifizierbaren Wert, einen *messbaren Nutzen*¹⁰³ *über mehrere Jahre*, darstellen, die zur Schaffung des immateriellen Wertes angefallenen Aufwendungen eindeutig erfasst und gemessen werden können und die zur Vermarktung oder zum Eigengebrauch nötigen Mittel zur Verfügung stehen¹⁰⁴. Auch hier dürfen die aktivierbaren immateriellen Vermögenswerte höchstens zu Anschaf-

⁹⁸ Vgl. DELLMANN, 52.

⁹⁹ Siehe zur befürwortenden Haltung des Bundesfinanzhofes vorn bei Anm. 90. Vgl. auch den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich in *Steuer Revue* 36 (1981) 408 ff., in welchem eine Aktivierungspflicht eines Spieler-Transferkontos (nach dem früheren System der Transferzahlungen) verneint wird. – Siehe als aktuelles Beispiel für eine Bilanzierung von Spielerwerten den Hinweis in der Neuen Zürcher Zeitung vom 15.11.2000 betreffend Borussia Dortmund.

¹⁰⁰ DELLMANN, 47, erwähnt beim Kriterium der selbständigen Verwertbarkeit ausdrücklich die «Nutzungsmöglichkeiten von Rechtspositionen, wie der Einkauf eines Fussballstars» (Beispiel 6). DALLÈVES, 132, verneint zwar die Aktivierbarkeit, bezieht diese aber u. E. zu Unrecht auf die *Arbeitsverträge* der Spieler. Aktiviert werden sollen weder die Arbeitsverträge noch die Arbeitsleistungen der Spieler (siehe vorn bei Anm. 24), sondern die *Spielerwerte* als aufgrund der besonderen Markt-

verhältnisse realisierbare wirtschaftliche Werte. DALLÈVES erwähnt denn auch, dass demgegenüber aktiviert werden könnten «les investissements spéciaux pour le recrutement ...» (S. 133). Vgl. dazu auch PETER, 49 f., mit nützlichen Hinweisen auf die Art der Umwandlungen der Vereine in Aktiengesellschaften bei der Grasshopper Fussball Betrieb AG und der SCB Eishockey AG (S. 50 ff.).

¹⁰¹ Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung 1998, Ziff. 7.15 S. 13 f.

¹⁰² Die Fachempfehlungen für Rechnungslegung (FER) stellen ein Beispiel für neuere Standards im Rechnungswesen in der Schweiz dar. Es ist das Anliegen der FER, die über das gesetzliche Mindestmass hinausgehenden Anforderungen zu konkretisieren (Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung 1998, Ziff. 2.11 S. 10).

¹⁰³ Massgebliches Kriterium ist auch hier, dass ein entsprechender *Markt besteht* (FER 9, Erläuterungen zu Ziff. 4).

¹⁰⁴ FER 9, Ziff. 2 und Ziff. 4.

fungs- oder Herstellungskosten bewertet werden. Verlangt wird ferner, die immateriellen Werte periodisch auf ihre Werthaltigkeit zu überprüfen. Sodann sind die selbsterarbeiteten immateriellen Anlagen im Anhang betragsmässig offenzulegen¹⁰⁵.

Schliesslich wird im Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Rechnungslegung und Revision (RRG) – freilich teilweise im Gegensatz zum geltenden Recht – der *Grundsatz der wirtschaftlichen Betrachtungsweise* ausdrücklich festgehalten¹⁰⁶. Im Sinne des «substance over form» soll die tatsächliche wirtschaftliche Situation abgebildet werden, losgelöst von der formellen juristischen Betrachtungsweise. Die Aktiven werden im RRG nicht mehr wie im heutigen Obligationenrecht ausschliesslich aufgrund des Anschaffungs- oder Herstellungsvorganges beurteilt. Art. 15 RRG definiert Aktiven als Vermögenswerte, über die eine Organisation aufgrund vergangener Ereignisse verfügen kann und die zu einem Mittelzufluss in der Zukunft führen. Das Schwergewicht verschiebt sich somit zum *Ertrags- und Liquidationswert*¹⁰⁷.

- c) Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Aktivierungsfähigkeit und damit die Sacheinlagefähigkeit von Spielerwerten auch aus der Sicht der Rechnungslegungsvorschriften *bejaht* werden kann. Dies gilt auch im Hinblick auf die neueren Entwicklungen in der Rechnungslegung, wie sie in den FER und im Vorentwurf zum RRG zum Ausdruck kommen.

VIII. Ergebnisse

1. Transferzahlungen im klassischen Sinne gehören seit dem Bosman-Urteil des EuGH aus dem Jahre 1995 weitgehend der Vergangenheit an. Abgelöst wurde dieses Verbandsmodell durch das neuere *Vertragsmodell*, bei dem die Klubs mit den Spielern längerfristige Verträge abschliessen, um sich für den Fall eines Spielerwechsels eine *Auskaufsumme* zu sichern. Auf diese Weise wird ein wirtschaftlich ähnliches Ergebnis wie bei den klassischen Transferzahlungen erzielt.
2. Eine nähere Betrachtung der Transfer- oder Auskaufswerte zeigt, dass die herkömmlichen Kriterien für die Sacheinlagefähigkeit und ihre Stufenfolge zu überdenken und zu präzisieren sind. An erster Stelle ist zu prüfen, ob eine Sacheinlage einen *aktuellen Nutzen für die Gesellschaft* hat. Dass dies bei Spielerwerten der Fall ist, zeigt sich schon darin, dass eine Fussball-AG über den Weg einer Bareinlage ebenfalls Spielerwerte erworben hätte, um ihren Gesellschaftszweck zu fördern. Spielerwerte unterscheiden sich daher qualitativ von sachfremden, dem Gesellschaftszweck nicht dienlichen Vermögenswerten. Aufgrund des Korrelats zwischen Sacheinlage und Gesellschaftszweck sind Spielerwerte weitgehend adäquat zu einer Bareinlage und demzufolge

¹⁰⁵ FER 9, Ziff. 7, 8, 11, 13.

¹⁰⁶ Art. 10 Abs. 1 lit. f RRG.

¹⁰⁷ Erläuterungen zu Art. 10 RRG, (S. 104).

In den Erläuterungen zu Art. 15 RRG werden

«bezahlte Transferpreise für Sportler» als Beispiel für eine erschwerte Beurteilung der Bilanzierungsfähigkeit angeführt (S. 107).

als *zulässige Sacheinlage* einzustufen. Auch das sekundäre Kriterium der Verwertbarkeit ist bei Spielerwerten gegeben, da im Berufsfussball ein grosser Markt mit hohem Finanzvolumen und einer hohen Intensität des Wettbewerbs gegeben ist. Da Spielerwerte *aufgrund dieses etablierten Marktes aktuell realisierbar* sind, liegt nicht eine blossе Anwartschaft vor. Dass die neuen Prinzipien der Transferregeln¹⁰⁸ horrendе Auskaufsummen tendenziell eindämmen werden, ist für die Sacheinlagefähigkeit der Spielerwerte förderlich, da die Verträge und das Transfersystem *an Stabilität gewinnen*.

Auch eine allfällige Konkursituation zerstört die Spielerwerte in aller Regel nicht, da die Konkursverwaltung die Möglichkeit und in vielen Fällen auch die Pflicht hat, das *Substrat der Spielerwerte zu erhalten*. Die Einbringung des Sportbetriebes in eine Aktiengesellschaft ist sodann wohl kein Betriebsübergang im Sinne von OR 333 II. Da der wirtschaftliche Betriebsinhaber nicht wechselt, liegt *kein* Anwendungsfall eines Ablehnungsrechts der Spieler als Arbeitnehmer vor. Zudem haben die jüngsten Diskussionen mit der EU-Kommission klar gezeigt, dass *Berufsfussballer rechtlich nicht wie gewöhnliche Arbeitnehmer behandelt* werden können.

3. Als *Abgrenzungskriterium* gegenüber nicht sacheinlagefähigen immateriellen Werten, insbesondere Arbeitsleistungen und persönlichen Fähigkeiten, dient der *etablierte und funktionierende Markt* im Berufsfussball (und allenfalls weiteren Berufssportarten), der den Nutzen und die Verwertbarkeit der Spielerwerte sichert. Ein solcher qualifizierter Markt besteht bezüglich anderer persönlicher Fähigkeiten, etwa jenen eines EDV-Teams oder eines Musikers, gerade nicht. Wo aber – anders als hier – kein derartiger Markt besteht, ist die Sacheinlagefähigkeit zu verneinen. Die Zulassung der Spielerwerte als Sacheinlage wird also nicht zur Folge haben, dass inskünftig jedem menschlichen Know-how Sacheinlagecharakter zuzusprechen ist.
4. Im weiteren hat sich gezeigt, dass weder das Bosman-Urteil des EuGH noch die EU-Kapitalrichtlinie der Sacheinlagefähigkeit von Spielerwerten entgegenstehen. Die Sacheinlageerfordernisse des Schweizer Rechts decken sich weitgehend mit jenen der EU-Bestimmungen.
5. Auch die Rechnungslegungsvorschriften lassen infolge des Nutzenpotentials, der Einzelerfassbarkeit und der selbständigen Verwertbarkeit eine *Aktivierung der Spielerwerte* zu. Bei der Aktivierung kann auf den *Geschäftswert oder den Nutzwert* Bezug genommen werden, wogegen bei den Folgebewertungen in den Jahresabschlüssen die Spielerwerte höchstens zu den Anschaffungskosten – mit Abzug der erforderlichen Abschreibungen, etwa zufolge der Verkürzung der noch bestehenden zeitlichen Verpflichtung (OR 665) – bewertet werden dürfen.
6. Mit der Bejahung der Sacheinlagefähigkeit von Spielerwerten wird keineswegs einer unvorsichtigen Bewertung dieser Sacheinlagen das Wort geredet. *Sacheinlagefähigkeit* und *vorsichtige Bewertung* schliessen sich nicht aus, sondern ergänzen sich.

¹⁰⁸ Siehe vorn bei Anm. 11.